ZUR LEHRE

VON DER

GEFAHR BEIM KAUF

NACH GEMEINEM RECHTE.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

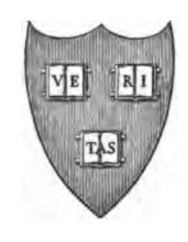
JURISTISCHEN FAKULTÄT DER K. B. UNIVERSITÄT ERLANGEN

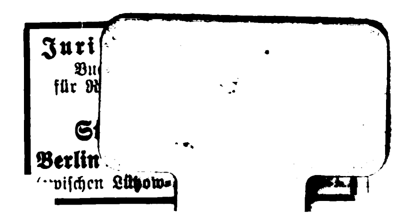
VORGELEGT VON

DR. JUR. WALTER VON PRAUN

DERZEIT RECHTSPRAKTIKANT AM KGL. AMTSGERICHT NÜRNBERG

1891.


VE
RI
TAS



ZUR LEHRE

VON DER

GEFAHR BEIM KAUF

NACH GEMEINEM RECHTE.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT DER K. B. UNIVERSITÄT ERLANGEN

VORGELEGT VON

DR. JUR. WALTER VON PRAUN

DERZEIT RECHTSPRAKTIKANT AM KGL. AMTSGERICHT NÜRNBERG.

1891.

Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft in Stuttgart.

SEINEM LIEBEN VATER

JUSTIZRAT VON PRAUN

IN NÜRNBERG

IN DANKBARKEIT GEWIDMET

VOM VERFASSER.

Inhaltsübersicht.

I. Einleitung und Begriffsbestimmung von periculum.

Der ältesten Zeit war nur der sog. Handkauf, d. h. der sich ohne weiteres vollziehende Umsatz von Ware gegen Geld von Hand zu Hand bekannt. Heutzutage dagegen werden, wenn es sich um Gegenstände von irgendwie grösserem Werte handelt, fast immer Kaufverträge abgeschlossen, d. h. gegenseitige Verpflichtungen bezüglich der Ware und des Preises von den Kontrahenten übernommen. In der Regel liegt zwischen dem Abschluss eines solchen Kaufkontrakts und dem Vollzug desselben eine mehr oder minder grosse Spanne Zeit, innerhalb deren der Kaufgegenstand nicht selten erhebliche wirtschaftliche Veränderungen erleidet. Wer hat hier, wenn die Kontrahenten nichts verabredet haben, die Gefahr des Zufalls zu tragen? Solange Abschluss und Erfüllung, wie dies bei dem historisch ursprünglichen Kauf, dem Handkauf, der Fall ist, zusammenfielen, liess sich eine solche Frage nach der Gefahr des Zufalls überhaupt nicht aufwerfen, da in diesem Fall das Gut, welches den Gegenstand des Kaufes bildete, stets nur in Beziehung zu einer Person stand. Erst die Thatsache, dass durch den obligatorischen Kauf das Kaufobjekt gleichzeitig zu mehreren Personen in Beziehung gesetzt wird, brachte die Frage nach der Gefahr des Zufalls zur Existenz und gab somit dem Gesetzgeber Veranlassung, Rechtsnormen über die Frage aufzustellen, wessen Vermögen in solchen Fällen durch den Untergang oder die Entwertung des Kaufobjekts eine direkte Einbusse erleide oder, anders ausgedrückt, über die

Frage, wer das periculum rei zu tragen habe in der Zeit vom Abschlusse des Kaufvertrages an gerechnet bis zu dessen Erfüllung.

Da aber der Ausdruck „periculum“ im Obligationenrecht in verschiedener Bedeutung vorkommt, so dürfte es angezeigt sein, näher zu bestimmen, was die Quellen unter periculum beim Kauf verstehen. In der Lehre vom Kauf bedeutet periculum einen Vermögensnachteil, der ohne ein Verschulden seitens des Verkäufers eintritt, . . . quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est § 3 J III, 23, quod tamen sine dolo venditoris intervenerit l. 16 dig. 18, 6 . . . einen Vermögensnachteil, welcher seine Entstehung nicht zu verdanken hat den schon beim Vertragsabschlusse vorhandenen, der Person des Käufers aber unbekannten, geheimen Mängeln — hac non ex praetento vitio rebus humanis exemta l. 6 cod. 4, 48.

Spricht man von periculum schlechthin, so wird man wohl immer das periculum interitus, d. h. die Gefahr des totalen Untergangs oder Verlustes der Sache zum Unterschied vom periculum deteriorationis, der Gefahr der Verminderung oder Verschlechterung, im Auge haben.

Was ferner die Bedeutung der Quellenausdrücke, wie res meo periculo est, meum erit damnum, res mihi perit etc. anlangt, so glaube ich unter Hinweis auf C. G. Wächters lichtvolle Darstellung im Archiv für die zivilistische Praxis Band XV mich kurz fassen zu können. Muss nämlich der Käufer ungeachtet des Untergangs oder der Verschlechterung des Kaufgegenstandes die Kaufsumme zahlen, bezw. kann er den schon gezahlten Kaufpreis nicht kondizieren, so sagt man, trägt er das periculum rei, während den Verkäufer die Gefahr trifft, wenn er auf Zahlung des Kaufschillings verzichten oder an Stelle der beschädigten resp. untergegangenen Sache eine andere leisten muss, um den ihm versprochenen Kaufpreis zu erhalten.

II. Rechtliche Begründung der römisch-rechtlichen Gefahrnormierung.

Was die im Rechtsleben wohl täglich auftauchende Frage nach der Gefahr beim Kauf anlangt, so finden sich im corpus iuris civilis hierüber folgende Bestimmungen: „perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet l. 8 pr. dig. 18, 6 und quum autem emptio venditio contracta sit, periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit.

Nachdem bekanntlich über den eigentlichen Grund dieser Art der Gefahrnormierung, wie sie sich in den Quellen findet, unter unseren Juristen bis auf den heutigen Tag noch kein Einverständnis erzielt ist, soll es nunmehr an dieser Stelle unsere Aufgabe sein, diejenigen Ansichten, welche vorzüglich erwähnenswert sind, kurz wiederzugeben, ehe wir unsere eigene Meinung äussern.

Im Gegensatz zur älteren Theorie, welche, sich stützend auf den Satz: „casum sentit dominus“, die Gefahr bei den Obligationen dem Schuldner zuweist und in den entgegengesetzten Bestimmungen der Quellen bei der emptio venditio eine Anomalie zu erblicken glaubt, welche nicht zu rechtfertigen sei und daher auch streng auf den Kauf beschränkt werden müsse, wird von den neueren Schriftstellern, insbesondere C. G. Wächter, dem römisch-rechtlichen Satze: „periculum est emptoris“ als einem den allgemeinen Prinzipien der Quellen vollkommen entsprechenden Satze möglichste Geltung verschafft. Während nämlich andere die fragliche Bestimmung auf den Grundsatz: „species debita perit casu ei, cui debetur“ stützen oder wie Mühlenbruch als eifriger Anhänger der älteren Theorie den Satz: „casum sentit dominus“ an die Spitze stellen, geht C. G. Wächter bei Erörterung der Frage: „Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?“ von den zwei folgenden, sich gegenseitig ergänzenden Grundsätzen aus: „impossibilium

nulla est obligatio“ l. 8 dig. 50, 17 und „casus a nullo praestantur“ l. 23 dig. 50, 17. Der Verkäufer verliert durch den kasuellen Untergang des konkreten, seinem Käufer geschuldeten Objekts die facultas dandi und wird demgemäss von der eingegangenen Verpflichtung zu leisten befreit, denn impossibilium nulla est obligatio, einen Ersatz für das zu Verlust gegangene Objekt braucht er nicht zu leisten, denn casus a nullo praestantur. Anders der Käufer, dieser hat seinem Verkäufer eine Geldleistung versprochen und kann und muss leisten, selbst wenn er all sein Geld verloren haben sollte, seine subjektive difficultas dandi nützt ihn nichts, denn Geldschuld ist Genusschuld und genus perire non censetur.

So klar und einleuchtend Wächters Begründung für den ersten Augenblick zu sein scheint, so spricht gleichwohl bei näherem Zusehen der Umstand gegen dieselbe, dass sie dem Wesen und der Natur der zweiseitigen Obligationen durchaus nicht entspricht.

Andere wie Koch, Mommsen und Fuchs basieren unter Hinweis auf das Moment der sofortigen Erfüllbarkeit des perfekten Kaufkontrakts die Entscheidung des römischen Rechts bezüglich der Gefahrfrage beim Kauf auf eine Fiktion der Erfüllung.

Nach Windscheid, welchem sich Mommsen in seinen Erörterungen I S. 29—31 anschliesst, wird vom Augenblick der Perfektion des Kaufvertrags an die verkaufte Sache auch ohne erfolgte Tradition als aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das des Käufers übergegangen betrachtet.

In der Art der Begründung, wie sie Windscheid, Koch, Fuchs und mit Windscheid Mommsen vorschlagen, liegt, wie leicht einzusehen ist, implicite eine Anerkennung des von uns bereits verworfenen Satzes: „casum sentit dominus“, eine Anerkennung, welche von diesen Schriftstellern offenbar gar nicht beabsichtigt und gewollt war.

Ihering in seinen Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. III geht bei Begründung des fraglichen Satzes davon aus, dass, wer ein

Verschulden am Aufschub der Erfüllung habe, auch die Folgen des Aufschubs, den Schaden tragen müsse. Nachdem aber in der Regel durch den Käufer der Aufschub in der Erfüllung veranlasst werde, sei das römische Recht, um allen Streitigkeiten vorzubeugen, dazu gekommen, dem Käufer für alle Fälle das periculum rei zuzuweisen und nicht erst noch danach zu fragen, ob nun auch im konkreten Fall der Aufschub in der Erfüllung auch wirklich durch den Käufer oder wenigstens in seinem Interesse veranlasst worden sei oder nicht.

Regelsberger im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 49 S. 202 ff. entgegnet Ihering mit folgenden Worten: „Also auch Ihering unterstellt eine Fiktion, mittelst deren sich das Recht über eine nicht geringe Anzahl abweichender Fälle hinweggesetzt haben soll“ und begründet im weiteren die römischrechtliche Gefahrnormierung folgendermassen:

Der Verkäufer behält bis zur Uebergabe der Sache vom Standpunkt der dinglichen Berechtigung aus noch das volle Verfügungsrecht, muss aber, wenn er seiner obligatorischen Verbindlichkeit getreu nachkommen will, sich schon jetzt jeder weiteren Veräusserung der Sache enthalten. Die Veräusserung der Sache bildet aber gerade für den Eigentümer ein Mittel, um den schädlichen Zufall von sich abzulenken; es verlangt daher die Billigkeit, dass der Schaden, welcher die verkaufte Sache in der Zwischenzeit trifft, vom Käufer als demjenigen getragen werde, in dessen Interesse sie der Verkäufer liegen lassen muss.

Wie keiner der bisher erwähnten Versuche, so ist auch Regelsbergers Versuch nicht vollkommen einwurfsfrei geblieben; insbesondere kann man Regelsberger, wie dies Windscheid auch gethan hat, entgegenhalten, dass, nachdem der Verkäufer sich selbst in die Lage, nicht mehr veräussern zu können, gebracht hat, kein eigentlicher Grund besteht, warum er gerade deshalb, weil er nunmehr nicht mehr veräussern kann, von der Gefahr befreit sein soll.

Schliessen wir nun aber damit die Reihe der Erklärungsversuche ab, ohne uns für einen derselben zu entscheiden, so

geschieht dies nicht ohne Grund. Daraus, dass sich fast alle Begründungsversuche, so geistreich sie auch an und für sich sein mögen, auf Fiktionen stützen müssen, kann man am besten entnehmen, wie sehr es sich bei Ergründung der ratio dieser Bestimmung um rechtsphilosophische Betrachtungen, um teils mehr, teils weniger berechtigte Vermutungen handelt, welche, nachdem der Gesetzgeber selbst seiner Zeit die ratio nicht mitteilte, auch für alle Zeiten Vermutungen bleiben müssen. In Erwägung eben dieses Umstandes aber glauben wir mit der Darlegung der erwähnenswertesten Versuche und einer kurzen Kritik derselben die uns hier zukommende Aufgabe vollständig erfüllt zu haben, auch wenn wir uns für keinen der verschiedenen Erklärungsversuche entscheiden, vielmehr uns im Folgenden bemühen, der Thatsache, dass der Gesetzgeber nun einmal so und nicht anders seiner Zeit bestimmt hat, so gut wie möglich gerecht zu werden.

III. Anwendung des fraglichen römischen Satzes auf die einzelnen Arten des Kaufes.

1. Der Spezieskauf.

Von Spezieskauf sprechen wir stets dann, wenn Gegenstand des Kaufes eine von den Kontrahenten individuell bestimmte Sache, eine species ist.

a) Handelt es sich um den unbedingten Kauf einer dem Verkäufer gehörigen Sache, so geht die Gefahr des Kaufobjekts mit dem Momente der Perfektion auf den Käufer über, wie diesem auch andererseits das commodum rei von diesem Zeitpunkt an zukommt l. 8 pr. dig. 18, 6. Perfekt ist aber der Kauf nicht etwa erst im Augenblick der traditio des Kaufobjekts, sondern schon dann, wenn die beiden Kontrahenten einig sind über Ware und Preis. Ist daher die res vendita

in der Zeit nach dem Vertragsschluss und vor der Traditio gestohlen oder durch einen Dritten vorsätzlich oder fahrlässiger Weise beschädigt worden, so genügt es, wie aus l. 13 dig. 18, 6 und l. 31 pr. dig. 19, 1 deutlich erhellt, dass der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber bereit findet, die ihm gegen diesen Dritten zustehenden Klagen abzutreten, vorausgesetzt natürlich, dass der Verkäufer das Kaufobjekt bis zum Eintritt der mora accipiendi in Gemässheit der l. 35 § 4 dig. 18, 1 mit der Sorgfalt eines bonus paterfamilias aufbewahrt hat.

b) Was den Kauf einer fremden, d. h. dem Verkäufer nicht gehörigen Sache anlangt, so ist es sehr wohl denkbar, dass sowohl der Verkäufer als auch der Käufer über eine zunächst noch beiden Teilen fremde Sache einen Kaufkontrakt abschliessen. In diesem Fall liegt regelmässig ein suspensiv bedingter Kauf vor, ein Kauf, welcher abgeschlossen wird unter der Bedingung, dass es dem Verkäufer möglich ist, diese fremde Sache seinerseits zum Zwecke der Weiterveräusserung an seinen Käufer zu Eigentum zu erwerben; über die Art der Gefahrnormierung in diesem Fall siehe beim bedingten Kauf. Wollten dagegen beide Kontrahenten über eine gestohlene Sache in beiderseitiger Kenntnis des furtum einen Kauf abschliessen, so kommt nach l. 34 § 3 dig. 18, 1 mit Rücksicht auf die mala fides beider Kontrahenten keine obligatio zustande. War beiden Teilen unbekannt, dass es sich um eine objektiv fremde Sache handle, welche sie zum Gegenstand eines Kaufgeschäftes machen, so kann dieser Umstand nach l. 21 pr. dig. 21, 2 insofern dem Verkäufer nicht zum Schaden gereichen, als er, falls das Kaufobjekt vor der Eviktion untergehen sollte, trotzdem ihm die Sache nicht eigen war, gleichwohl einen Anspruch auf Zahlung des vollen Kaufpreises gegen seinen Käufer hat. Das Gleiche gilt, wenn zwar der Verkäufer, nicht aber auch der Käufer, sich in Unkenntnis jenes rechtlichen Mangels des Kaufobjekts befunden haben sollte. Wusste dagegen der Verkäufer, dass er eine fremde Sache verkaufe, ohne dies seinem Käufer mitzuteilen, so ist er zweifellos verpflichtet, diese Sache demselben zu verschaffen und falls ihm dies nicht

oder doch nur mit Ueberwindung grosser Schwierigkeiten und unverhältnismässigem Kostenaufwand möglich sein sollte, den Käufer für die Nichterfüllung des Kaufkontraktes zu entschädigen, mag er nun bei Abschluss des Kaufkontraktes die feste Absicht gehabt haben, die ihm jetzt noch fremde Sache vom Eigentümer derselben zum Zweck der Weiterveräusserung zu erwerben oder mala fide den Kaufvertrag abgeschlossen haben. Hier, müssen wir sagen, trägt der Käufer nicht nur nicht das periculum rei, sondern hat vielmehr auch nach l. 30 § 1 dig. 19, 1 schon vor erfolgter Eviktion eine utilis actio gegen seinen Verkäufer auf Leistung des Interesses an der fremden Sache, welche nicht einmal dann erlischt, wenn die res vendita durch Zufall zu grunde geht, bevor sie vom Eigentümer evinciert wird, l. 21 pr. dig. 21, 2: de dolo tamen poterit agi, si dolus intercesserit und l. 35 § 4 dig. 18, 1: cum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre.

Um nun noch kurz einen Blick zu werfen auf die emptio suae rei, so bestimmt l. 16 dig. 18, 1, dass der Kauf der eigenen Sache nichtig ist, auch wenn der Käufer nicht wusste, dass es seine eigene Sache sei, die er kaufen wollte. Der Käufer kann daher in diesem Fall den schon gezahlten Kaufpreis mit der condictio sine causa vom Verkäufer zurückfordern, denn suae rei emptio non valet, sive sciens, sive ignorans emi: sed si ignorans emi, quod solvero, repetere potero, quia nulla obligatio fuit.

Nachdem aber zufolge l. 1 pr. dig. 18, 6 die Bestimmung über das periculum des Käufers emptione perfecta dispositiver Natur ist, kann dieselbe sehr wohl durch besondere Vereinbarung der Kontrahenten eine Abänderung erleiden, indem der Verkäufer ausdrücklich die Haftung für casus übernimmt und somit für den Fall einer kasuellen Unmöglichkeit der Erfüllung auf die vereinbarte Gegenleistung seines Käufers Verzicht leistet. Desgleichen trifft, was eigentlich gar nicht erwähnt zu werden braucht, nach den allgemeinen Grundsätzen über die Mora die

Haftpflicht für casus den Verkäufer, wenn derselbe sich in mora solvendi befindet, wie auch andrerseits ihn die mora creditoris von der von ihm übernommenen Haftpflicht für casus befreit, indem er nunmehr nur noch für dolus und lata culpa haften muss.

2. Der bedingte Spezieskauf.

Ein Kaufkontrakt kann sowohl unter einer Suspensiv- als auch unter einer Resolutivbedingung abgeschlossen werden. Ist derselbe suspensiv bedingt, so bestimmt l. 8 pr. dig. 18, 6, dass pendente condicione der Verkäufer das periculum interitus zu tragen habe. Hat dagegen die species in der Zeit der Schwebe nur Deteriorationen erfahren, so trifft deficiente condicione der Schaden den Verkäufer, während existente condicione die Deterioration dem Käufer zum Nachteil gereicht. Mit dem Eintritt der Suspensivbedingung geht selbstverständlich auch das periculum interitus auf den Käufer über, nachdem ja von da an der Kauf zu einer emptio pura geworden ist.

L. 2 § 5 dig. 41, 4 bezeichnet den unter einer Resolutivbedingung abgeschlossenen Kauf als „emptio pura“ ... sed et illa emptio pura est, ubi convenit, ut, si displicuerit intra diem certum, inempta sit. Gleichwohl gelten bezüglich der Normierung der Gefahrfrage bei dem resolutiv bedingten Kauf abweichende Bestimmungen. Ist das Kaufobjekt pendente condicione kasuell untergegangen, so hat mit dessen Verlust der Käufer ungeachtet des späteren Eintritts der Resolutivbedingung das Recht verloren, den Kauf rückgängig zu machen, während für den Fall, dass das Kaufobjekt nur deterioriert ist, der Schaden deficiente condicione den Käufer, existente condicione dagegen den Verkäufer trifft. Genau wie beim suspensiv bedingten Kauf trägt auch hier, sobald der Kauf ein unbedingter geworden ist, alle Gefahr der Käufer.

3. Die in diem addictio und der Kauf mit lex commissoria.

Anschliessend an obige Ausführung über den bedingten Kauf verdienen an dieser Stelle als ausgezeichnete Arten des-

selben besondere Erwähnung die in diem addictio und der Kauf mit lex commissoria.

Was nun die in diem addictio (dig. 18 de in diem addictione 2) des Näheren betrifft, so soll der Verkäufer, je nachdem der Kaufvertrag suspensiv oder resolutiv bedingt ist, berechtigt sein, den Kauf als überhaupt nicht zustande gekommen zu betrachten, bezw. den zustande gekommenen Kauf aufzulösen, falls innerhalb bestimmter Zeit ein vorteilhafteres Angebot erfolgt und der Käufer nicht willens ist, in das bessere Angebot einzutreten. Je mehr und je öfter die fragliche Sache in der vertragsmässig festgesetzten Zeit deterioriert wird, desto unwahrscheinlicher dürfte es sein, dass der Verkäufer ein besseres Angebot erhält, dass also die Bedingung eintritt. Da aber deficiente condicione dem Verkäufer nicht das Recht zusteht, den Kauf als nicht zustande gekommen zu betrachten, bezw. aufzulösen, vielmehr der Käufer dann im Besitz des Kaufobjekts bleibt, so trägt offenbar die Gefahr der Käufer. Im Zweifel wird man übrigens, wie endlich noch bemerkt werden mag, sich für das Vorhandensein der Resolutivbedingung zu entscheiden haben.

Der mit lex commissoria verbundene Kauf (dig. 18, 3) gestattet dem Verkäufer, vom Verkauf zurückzutreten und das Kaufobjekt zurückzufordern, falls der vereinbarte Kaufpreis innerhalb der vertragsmässigen Frist vom Käufer nicht vollständig gezahlt worden ist. Dass der Verkäufer nicht heute Zahlung des Kaufpreises, morgen Auflösung des Kaufkontrakts verlangen kann, sondern dass vielmehr in dem Augenblick, wo er Zahlung des Kaufpreises verlangt, sein Recht auf Auflösung des Kaufvertrages konsumiert wird, können wir aus l. 7 dig. de lege commissoria 18, 3 entnehmen. Da es sich bei diesem stets resolutiv bedingten Kauf stets um ein Recht des Verkäufers handelt, das er ausüben, aber auch ebenso gut unausgeübt lassen kann und, falls er von bedeutenden Deteriorationen hört, welche das Kaufobjekt pendente condicione erfahren hat, sicherlich unausgeübt lassen wird, so müssen wir sagen: der Käufer trägt hier stets zweifelsohne alle Gefahr: l. 2, l. 3 dig. 18, 3.

Puntschart in seinen fundamentalen Rechtsverhältnissen des römischen Privatrechts hält die Behauptung, es trage in allen Fällen der Käufer die Gefahr, für unrichtig, indem er sich dabei auf den Inhalt der l. 2 dig. de lege commissoria 18, 3 stützt. Er begründet eodem seine Ansicht mit folgenden Worten:

„Aus l. 2, l. 3, l. 4 § 2 dig. h. t. 18, 3 lässt sich nicht folgern, wie gefolgert wurde, dass, weil der Verkäufer sogar im Falle der Erfüllung der Bedingung noch immer die Zahlung des Kaufpreises fordern könne, darum der Käufer für alle Fälle die Gefahr zu tragen habe. Gerade der Fall der l. 2 cit. vermag eine solche Forderung als unstatthaft erkennen zu lassen. Die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ist keine so seltene Erscheinung. Wenn also die verkaufte Villa vor dem zur Zahlung bestimmten Tage abgebrannt, der Käufer aber inzwischen zahlungsunfähig geworden ist oder schon vorher war, so wird der Verkäufer die übrig gebliebene Area für sich in Anspruch nehmen wollen und zu diesem Zwecke die Auflösung der emptio venditio vorziehen.“

Meines Erachtens kann von einer Gefahr nur dann gesprochen werden, wenn das schädigende Ereignis, welches hereinbrechen kann, eintritt unabhängig vom Willen des Beschädigten. Wenn aber in unserem Fall der Verkäufer sich mit dem fundus, auf dem die exusta villa stand, begnügt, so verzichtet er damit freiwillig und nach seiner Meinung in seinem eigenen Interesse auf sein wohl erworbenes Recht, den vollen Kaufpreis zu fordern und nimmt damit Folgen eines schädigenden Ereignisses auf sich, welche zu tragen ursprünglich einer andern Person bestimmt war. Dürfte sein Anspruch auf den Kaufpreis freilich zunächst auch sehr illusorisch sein, wer kann ihn davon abhalten, auf eine Zeit zu warten, wo sein Käufer wieder solvent wird? Wenn er alsdann mit einer Klage gegen den Käufer auf Zahlung des vollen Kaufpreises hervortritt und der beklagte Käufer, was ausser allem Zweifel stehen dürfte, zur Zahlung verurteilt wird, trägt dann, so fragen wir uns wohl mit Recht, der Käufer das periculum rei vielleicht nicht?

Eben darin, dass der Käufer seinen Verkäufer nicht dazu zwingen kann, sich mit dem fundus allein zu bescheiden, vielmehr die Auflösung des Kaufkontrakts ganz vom freien Belieben des Verkäufers abhängt, eben darin glaube ich die Gefahr des Käufers suchen zu müssen.

Nach dem, was Puntschart hier unter Gefahr zu verstehen scheint, würde in noch viel höherem Grade der Verkäufer, der seinem Käufer ohne lex commissoria den Kaufpreis kreditiert hat, die Gefahr tragen müssen, da ja unser Verkäufer infolge der lex commissoria immer noch vor die Alternative gestellt ist, entweder das beschädigte Objekt oder vorläufig nichts zu nehmen, während dieser bei eintretender Insolvenz des Käufers genötigt sein würde, mit dem nackten Nichts abzuziehen und sich mit dem Wunsche, der Käufer möge in möglichster Bälde wieder in eine günstigere finanzielle Lage kommen, zufrieden zu geben. Niemand aber denkt daran, in einem derartig gelagerten Fall, wo der Verkäufer infolge der ungünstigen pekuniären Lage seines Käufers einen materiellen Nachteil erleidet, von einer Gefahr des Verkäufers im technischen Sinne des Worts reden zu wollen. Auf einen allenfallsigen Einwand, der Verkäufer trage ja in unserem Fall gar nicht die Folgen der Insolvenz seines Käufers, sondern vielmehr die Folgen des Brandes, glaube ich mit der Frage erwidern zu können: Wird es wohl jemand geben, der sich in der Lage unseres Verkäufers bei dauernder Zahlungsfähigkeit seines Käufers dazu verstehen könnte, den Kaufkontrakt aufzulösen und sich mit dem leeren fundus zu begnügen?

Wenn aber Puntschart eod. fortfährt: „Ausser der Zahlungsunfähigkeit des Käufers aber kommt noch das moderne Institut der Versicherungen gegen allerlei Gefahren in Betracht. Wer die untergegangene Sache herauszugeben hatte, der muss, wenn dieselbe versichert war, die Versicherungssumme herausgeben. War nun die verkaufte und dann abgebrannte Villa ein altes oder ein sonst wenig entsprechendes Gebäude, aber gut versichert, dann kann der Verkäufer sogar bei voller Zahlungsfähigkeit des Käufers ein Interesse haben, sich lieber für

die Auflösung der emptio venditio, als für die Zahlung des Preises zu entscheiden," so kann damit meines Erachtens noch viel weniger die Richtigkeit der Ansicht, der Verkäufer trage bei der lex commissoria zuweilen die Gefahr, bewiesen werden. Ganz abgesehen davon, dass hier Puntschart, um seine Ansicht näher zu begründen, dem Verkäufer lediglich einen andern Beweggrund zur Auflösung des Kaufkontrakts imputiert, abgesehen ferner davon, dass es höchst unwahrscheinlich sein dürfte, dass Käufer nicht selbst das Plus der Versicherungssumme lukriert, sondern vielmehr solange mit Zahlung des vereinbarten Kaufschillings wartet, bis Verkäufer befugt ist, die Versicherungssumme zu beanspruchen, steht zweifelsohne der Umstand, dass der Verkäufer die hohe Versicherungssumme dem minder hohen Kaufpreis vorzieht, nicht im geringsten Zusammenhang mit einer Gefahr des Verkäufers, wie sie Puntschart annehmen zu dürfen glaubt. Denn, wenn ich Puntschart recht verstehe, trägt nach seiner Meinung der Verkäufer die Gefahr, weil er die Versicherungssumme beansprucht, somit die Folgen eines an und für sich schädigenden Ereignisses auf sich nimmt, während sonst, wenn Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis erhält, die Gefahr der Käufer trägt. Dass aber eine derartige Auffassung, der zufolge es vom Belieben des Verkäufers abhängig sein würde, ob er die Gefahr tragen will oder nicht, direkt dem Begriff der Gefahr zuwiderläuft, ist oben schon des Näheren ausgeführt worden.

Wurde das Kaufobjekt dolos oder kulpos vom Käufer beschädigt, so kann selbstverständlich der Verkäufer, ohne dass es einer besondern Vereinbarung bedurfte, das beschädigte Kaufobjekt nebst Ersatz des Schadens zurückfordern, falls er den Kaufpreis nicht zur bestimmten Zeit erhalten hatte. Dass aber auch der Verkäufer sich aus der misslichen Lage, entweder den Kaufpreis unbestimmt lange Zeit, vielleicht sogar immer, entbehren oder das infolge eines Zufalls beschädigte Kaufobjekt ohne Ersatz des Schadens nehmen zu müssen, dadurch befreien kann, dass er mit dem Käufer vereinbarte, dieser müsse, falls er nicht rechtzeitig den bedungenen Kauf-

preis zahle, das kasuell beschädigte Kaufobjekt zurückgeben und den Schaden, den das Kaufobjekt pendente condicione durch Zufall erlitten habe, dem Verkäufer ersetzen, bestimmt ausdrücklich l. 6 § 1 dig. 18, 1.

4. Der Kauf auf Probe.

Eine dritte besonders ausgezeichnete Art des bedingten Kaufes bildet der Kauf auf Probe, der Kauf, welcher unter der Bedingung abgeschlossen wird, dass das Kaufobjekt dem Käufer entspreche. Mit dem Kauf auf Probe haben sich mit Vorliebe die bedeutendsten Juristen beschäftigt und dieser Art von Kauf eine Reihe der verschiedenartigsten Benennungen beigelegt. So nennt Goldschmidt in seiner Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht den Kauf auf Probe „Handel nach Belieben", Fitting eodem schlägt „Handel nach Gefallen", Thöl in seinem Handelsrecht „Handel nach Laune" vor; ausserdem finden sich auch noch die Ausdrücke „Handel auf Besicht", „aufs Kosten", „à l'essai", „Nehmen zur Ansicht" etc. Der lateinische Ausdruck „emptio ad gustum" ist zwar eine viel und gern gebrauchte, aber, wie Goldschmidt a. a. O. erwähnt, keine quellenmässige Bezeichnung für den Kauf auf Probe.

Der Kauf auf Probe kann nun sowohl unter einer Suspensivbedingung als auch unter einer Resolutivbedingung abgeschlossen sein. Während bei dem suspensiv bedingten Kauf das Zustandekommen des Kaufkontrakts von der Erklärung des Käufers abhängt, dass ihm das Kaufobjekt gefalle, si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus § 4 J. III, 23, ist bei dem resolutiv bedingten Kauf der dauernde Bestand des Kaufs dasjenige, was durch das Gefallen des Käufers am Kaufobjekt bedingt ist.

Lässt die Art und Weise, wie der Kaufkontrakt zustande gekommen ist und die Absicht der Parteien bei Abschluss des Kaufgeschäfts erklärt worden ist, darüber im Unklaren, ob die Kontrahenten den Kauf suspensiv oder resolutiv bedingen

wollten, so entscheidet sich Goldschmidt a. a. O. für das Vorhandensein der Resolutivbedingung, während die herrschende Meinung in einem solchen Falle die Suspensivbedingung präsumiert und Fitting in Goldschmidts Zeitschrift Bd. II pag. 277 sich weder für Annahme der Resolutivbedingung ausspricht, noch sich für Präsumption der Suspensivbedingung entscheiden kann, da seiner Meinung nach für die eine wie für die andere gleich viele und gleich gute Gründe sprechen.

Ist nun der Kauf auf Probe suspensiv bedingt, dann muss der Verkäufer sowohl das periculum interitus tragen, weil ohne Kaufobjekt kein Kaufkontrakt zustande kommen kann, als auch das periculum deteriorationis insoferne, als je bedeutender die Verschlechterung ist, welche die fragliche Sache pendente condicione erfuhr, desto wahrscheinlicher es sein wird, dass der Käufer vom Abschluss des Kaufkontrakts absteht. Puntschart in seinen fundamentalen Rechtsverhältnissen des römischen Privatrechts begründet diese Art der Gefahrnormierung beim suspensiv bedingten Kauf auf Probe damit, dass die Hingabe der Kaufsache zur Probe nicht die Wirkungen der Tradition haben, sondern vielmehr den Käufer nur zum Verwahrer machen kann. Demgemäss macht sich auch der Käufer, welchem die Ware zum Zweck der Probe während der Probezeit vom Verkäufer überlassen wurde, diesem gegenüber schadensersatzpflichtig, wenn ihm dolus oder culpa nachgewiesen werden kann. Hat der Käufer die Ware in gehöriger Weise dem Verkäufer gegenüber gebilligt, so wird damit aus dem bis dahin suspensiv bedingten Kauf eine emptio pura und der Käufer trägt nach dem bekannten Satze: „perfecta emptione periculum statim ad emptorem pertinet“ von da an selbstverständlich jede Gefahr für die Sache.

Wurde von den Kontrahenten eine Frist bestimmt, innerhalb deren sich der Käufer zu erklären hat, so bewirkt die Unterlassung rechtzeitiger Erklärung den Ausfall der Bedingung, vorausgesetzt, dass sich der Verkäufer im Besitze des Kaufobjekts befand. Dieser kann daher auch sofort nach Ablauf der festgesetzten Frist, falls bis dahin keine das Kaufgeschäft

billigende Erklärung seitens des Käufers bei ihm eingelaufen ist, beliebig über das Kaufobjekt wieder disponieren. Wurde dagegen dem Käufer die Sache zum Zweck der Probe übergeben und dieser behält dieselbe, ohne sich innerhalb der vertragsmässigen Frist dem Verkäufer zu erklären, so darf der Verkäufer in der Passivität des Käufers eine stillschweigende Genehmigung der Ware erblicken. Liefert der Käufer nicht mit der Abgabe einer missbilligenden Erklärung zugleich auch das fragliche Objekt an den Verkäufer ab, so befindet er sich bezüglich der Restitution desselben in mora debitoris und trägt daher auch das periculum rei nach den Grundsätzen über die mora solvendi (mora perpetuatur obligatio). Von seiner Haftung für casus ist der Käufer nach der überwiegenden Meinung der heutigen Juristen nur dann in diesem Fall frei, wenn er in der Lage ist, nachweisen zu können, dass auch ohne seine mora eben dieser Zufall die Sache getroffen haben würde.

Enthält der Kaufkontrakt keine nähere Bestimmung über die Erklärungsfrist, so ist in Ermangelung einer ortsüblichen Frist der Verkäufer nach Cropp, Thöl u. a. m., wenn er sich Klarheit verschaffen will, gehalten, seinen Käufer um eine diesbezügliche Erklärung zu bitten. Leistet dann der Käufer dieser Aufforderung keine Folge, so gilt die Bedingung als eingetreten, falls der Käufer das Kaufobjekt zum Zweck der Probe in Händen hat, indem sein Schweigen als Billigung der Ware aufgefasst wird. Besitzt der Käufer dagegen das Kaufobjekt nicht, so verliert er, wenn er trotz erfolgter Aufforderung seitens des Verkäufers keine Erklärung abgibt, jeglichen Anspruch seinem Verkäufer gegenüber, so dass dieser insbesondere, ohne Rücksicht auf den ersten Käufer nehmen zu müssen, die fragliche Sache an jeden Dritten weiter veräussern kann. Nach Goldschmidt a. a. O., Windscheid II § 387 und Fitting im Archiv für civilistische Praxis Bd. XLVI S. 250 dagegen ist der Käufer derjenige, welcher in Ermangelung einer vereinbarten oder ortsüblichen Frist verpflichtet ist, sobald als thunlich zu probieren und sich zu erklären. Jede Zögerung, sagt Goldschmidt, sei es mit der Prüfung und

Erklärung, sei es mit der Erklärung allein, führt den Ausfall der Potestativbedingung herbei. Dürfte auch mit Rücksicht darauf, dass nur der Käufer ein Interesse daran haben kann, dass die Ware auf Probe verkauft wird, es sich empfehlen, den Verkäufer mit der Pflicht, den Käufer um eine Erklärung zu bitten, nicht zu beschweren, so dürfte doch andrerseits sich Goldschmidts Ansicht darum weniger eignen, weil sie dem Käufer zu grossen Spielraum lässt, indem der Begriff „thunlich“ sehr elastisch ist, und gerade dieser Umstand leicht zu Prozessen zwischen Käufer und Verkäufer Veranlassung geben wird.

Was den resolutiv bedingten Kauf auf Probe anlangt, so trägt hier der Käufer bis zur Erklärung das periculum interitus, da mit dem Untergang des Kaufobjekts auch sein Recht auf Auflösung des Kaufgeschäfts untergeht. Deteriorationen, welche pendente condicione dem Kaufobjekt widerfahren, sind insoweit von Bedeutung für den Verkäufer, als eine Auflösung des Kaufkontrakts um so wahrscheinlicher sein wird, je grösser und zahlreicher die Verschlechterungen sein werden.

Eine besonders ausgezeichnete Art des resolutiv bedingten Kaufs auf Probe war der in den Quellen erwähnte Kauf mit pactum displicentiae, l. 31 § 22 dig. de aedilicio edicto 21, 1, indem hier, falls eine Erklärungsfrist von den Kontrahenten nicht bestimmt worden ist, die Aedilen als die in Rom mit der Marktjurisdiktion betrauten Personen eingriffen und dem Käufer eine Erklärungsfrist von 60 utiles dies, vom Tage des Vertragsabschlusses an gerechnet, gewährten. Innerhalb dieser Frist konnte der Käufer mit der actio redhibitoria gegen Rückgabe des Kaufobjekts den Verkäufer auf Rückerstattung des gezahlten Kaufschillings bezw. Befreiung von der Kaufgelderschuld verklagen. Sollte das Kaufobjekt aber kasuell untergegangen sein vor Ablauf der 60 utiles dies, so konnte hier gleichwohl der Verkäufer auf Zahlung des Kaufschillings klagen. Da heutzutage der damals schon sehr seltene Kauf mit pactum disciplientiae nicht mehr vorzukommen pflegt, haben diese Bestimmungen nur noch eine rechtshistorische Bedeutung.

5. Der Kauf zur Probe und der Kauf nach Probe.

Vom Kauf auf Probe muss streng unterschieden werden der Kauf zur Probe und der Kauf nach Probe. Ersterer ist, wie das Handelsgesetzbuch in seinem Artikel 341 sich ausdrückt, ein unbedingter Kauf unter Hinzufügung des Beweggrundes. Die Zusicherung, welche hier der Käufer dem Verkäufer gibt, weitere Waren dieser Art kaufen zu wollen, falls das Musterexemplar seinen Erwartungen vollkommen entspricht, ist juristisch irrelevant. Daher gelten auch, was die Gefahrnormierung beim Kauf zur Probe angeht, die Bestimmungen über den gewöhnlichen Spezieskauf.

Soll man in dubio sich entscheiden, ob die Kontrahenten einen Kauf auf Probe oder einen Kauf zur Probe abschliessen wollten, so darf keineswegs nur aus den Worten (auf), deren sich Käufer und Verkäufer bei Abschluss des Kaufgeschäfts bedienten, auf die eine oder andere Art des Kaufs geschlossen werden. R.O.H.G. Bd. II pag. 186.

Der Kauf nach Probe war zwar dem römischen Recht fremd, soll aber nichtsdestoweniger der Vollständigkeit halber hier kurz besprochen werden.

Der Kauf nach Probe ist unbedingt, jedoch unter der Verpflichtung des Verkäufers geschlossen, dass die Ware der Probe gemäss sei. Der Verpflichtung des Verkäufers, probemässige Waren zu liefern, steht gegenüber die Verpflichtung des Käufers, das vereinbarte Quantum von Waren anzunehmen, falls sie der Probe genau entsprechen.

Bestreitet der Käufer die Probemässigkeit der Ware, so ist er zur Vorlage der Probe verpflichtet, damit durch Vergleich der gelieferten Ware mit der Probe zu gunsten oder ungunsten des Verkäufers entschieden werden kann. Leugnet der Verkäufer die Identität der vom Käufer vorgelegten mit der demselben eingehändigten Probe, oder behauptet er eine Veränderung an der seinerzeit vorgelegten Probe, so genügt es, dass der Käufer die Echtheit der Probe eidlich versichert. Bestreitet der Käufer die Probemässigkeit, ohne durch gleich-

zeitige Vorlage der Probe eine Vergleichung derselben mit den gelieferten Waren zu ermöglichen, so hat er den Beweis zu führen, dass die gelieferten Waren nicht probemässig sind.

Cropp, Thöl u. a. m. erblicken in der Beziehung auf die Probe die Zusicherung der aus der Probe ersichtlichen Beschaffenheit der Ware, ein dictum et promissum, und wollen demgemäss für das gemeine Recht die Grundsätze des ädilischen Edikts anwenden, während Hesse in Lindes Zeitschrift in der Probe den Ersatz einer Beschreibung der generell gekauften Ware sucht und, falls eine nicht probemässige Ware vom Verkäufer geliefert werden sollte, den Kaufvertrag als nicht erfüllt ansieht und dem Käufer das Recht zuspricht, auf Lieferung einer probemässigen Ware und Ersatz des durch die Mora des Verkäufers ihm entstandenen Schadens zu klagen. Wenn aber Hesse in der Probe den Ersatz einer Beschreibung der generell gekauften Ware sucht, so übersieht er, dass der Kauf nach Probe nicht notwendig als Genuskauf vorkommen muss, sondern sehr wohl auch als Spezieskauf uns begegnen kann.

Diese Unterscheidung dürfte für unsere Untersuchungen insofern von hoher Bedeutung sein, als die Gefahrfrage sich selbstverständlich verschieden beantworten wird, je nachdem wir es im konkreten Fall mit einem Genuskauf oder mit einem Spezieskauf zu thun haben werden.

6. Der Aversionalkauf oder der Kauf in Bausch und Bogen.

Während gewöhnlich mehrere Sachen in der Weise gekauft werden, dass für jede einzelne Sache ein bestimmter Preis ausgesetzt wird, wird bei dem Aversionalkauf, l. 62 § 2 dig. 18, 1 und l. 4 § 1, § 2 dig. 18, 6, ein Preis für das Ganze bestimmt, ohne dass genau auf die Quantität und die Qualität der einzelnen Objekte Rücksicht genommen wird. Der Aversionalkauf — man denke beispielsweise an den Kauf einer Bibliothek oder Waffensammlung — ist ein unbedingter Kauf

und liegt, wie schon oben angedeutet, vor, wenn jemand eine individuell bestimmte Mehrheit gleichartiger Sachen ohne Rücksicht auf Mass, Zahl und Gewicht, oder eine Mehrheit von ungleichartigen Sachen — man denke nur an den Erbschaftskauf — als Ganzes um einen Gesamtpreis kauft. Bezüglich der Gefahrnormierung beim Aversionalkauf gelten die Bestimmungen über den gewöhnlichen, unbedingten Spezieskauf. Dagegen bringt es die Art dieses Kaufs mit sich, dass für die Gewähr, welche der Verkäufer für die physischen und juristischen Mängel der per aversionem gekauften Gegenstände leisten muss, besondere Bestimmungen zur Anwendung zu kommen haben. Näheres über diesen Punkt cfr. Gruchot, Beiträge zur Lehre vom Kauf in Bausch und Bogen in Goldschmidts Zeitschrift III pag. 471 ff.

7. Der Genuskauf.

Ist das Aequivalent, das der Käufer für den Kaufpreis erhalten soll, im Kaufkontrakt nur nach Quantität und Qualität bestimmt, so spricht man von Genuskauf. Das Genus, aus dem geleistet werden soll, kann bald grösser, bald kleiner sein, es kann sowohl sämtliche Waren dieser bestimmten Gattung und Art, welche überhaupt auf der Welt vorhanden sind, umfassen, als auch nur die Waren, welche an einem ganz genau bestimmten Ort, z. B. den Lagerräumen des X, vorrätig sind, letzterenfalls man wohl häufig von einem sog. determinierten Genus im Gegensatz zu dem örtlich unbegrenzten Genus spricht. Angehend die Wahl der zu liefernden Stücke aus dem Genus, so hat diese regelmässig der Schuldner, es müsste denn sein, dass das Gegenteil von den Kontrahenten vereinbart worden ist. Mommsen in seinen Beiträgen zum Obligationenrecht Bd. I pag. 337 subsumiert im Widerspruch mit Windscheid, Regelsberger u. a. m. den Genuskauf unter den Begriff des bedingten Kaufs. Nachdem aber der Genuskauf nicht die Frage, ob, sondern nur die Frage, was zu liefern ist, offen lässt, dürfte Mommsen nur dann Recht haben, wenn verein-

bartermassen die Wahl aus dem Genus ein Dritter vorzunehmen hat, indem in diesem Fall allerdings die Existenz des Kaufs davon abhängt, ob dieser Dritte wählt oder nicht. In dem Umstand, dass die Quellen für den Augenblick, von dem an die Gefahr auf den Käufer übergehen soll, bald das Wort tradere, bald admetiri oder adnumerare gebrauchen, dürfte der Grund zu suchen sein, warum die ältere Litteratur nicht strenge unterschied zwischen dem Akt der Aussonderung der Ware aus dem Genus und deren Tradition an den Käufer, obwohl mit beiden Ausdrücken, wie deutlich aus l. 2 cod. 4, 48 hervorgeht, das Gleiche gesagt werden will. In der neueren Zeit waren es namentlich Thöl, Ihering, Bekker und Regelsberger, welche sich mit der Gefahr beim Genuskauf in eingehender Weise beschäftigten.

Nach der heutzutage herrschenden Theorie Thöls, welche allgemein unter dem Namen „Individualisierungstheorie“ bekannt ist — Thöl selbst verwahrt sich gegen diese Bezeichnung — geht die Gefahr auf den Käufer über vermittelst einer Thatsache, welche nach dem Abschluss und vor der Tradition liegt. Damit der Käufer die Gefahr trage, muss nämlich der Kauf 1. perfekt sein in der Bedeutung von bindend, 2. perfekt in dem Sinn, dass feststeht das quid, quale, quantum des Kaufobjekts und der Kaufpreis, l. 8 pr. dig. 18, 6. Es ist also nötig eine nach Zeit und Ort gerechtfertigte Ausscheidung aus dem Genus durch den Verkäufer, welche in dem Sinne zweiseitig sein muss, als der Debitor, um sich von der Gefahr zu befreien, verpflichtet ist, die ausgeschiedene Spezies dem Käufer so genau anzuzeigen, dass der Beweis der Identität mit Beziehung auf diese Anzeige jederzeit vom Verkäufer geführt werden kann.

Was die Kritik dieser Theorie anlangt, so hält Ihering in seinen Jahrbüchern für Dogmatik Bd. IV pag. 385 Thöl wohl mit Recht entgegen, dass nach dieser Theorie der Verkäufer beliebig bald die Gefahr auf den Käufer überwälzen kann, wenn er nur richtig ausscheidet und seinen Käufer in gehöriger Weise davon benachrichtigt, indem z. B. bei einer

drohenden Ueberschwemmung nach Thöl der Holzhändler weiter nichts zu thun braucht, als mit Zeugen und einem Farbtopf auf den Holzplatz sich zu verfügen, um sich von der Gefahr zu befreien. Ebensowenig gibt Thöls Theorie einen Aufschluss darüber, wie auszuscheiden ist; genügt die blosse wörtliche electio vor Zeugen oder ist Verpackung, genaue Bezeichnung mit einem besonderen Merkmal etc. notwendig? Ihering führt eodem aus, das Kaufobjekt müsse nach Thöl bis zur Erfüllung meist zwei Stadien durchmachen: das erste, das der generischen Bestimmtheit vom Abschluss des Kaufkontrakts an bis zur erfolgten Ausscheidung, das zweite, das der spezifischen Bestimmtheit von der erfolgten Ausscheidung bis zur bewerkstelligten Lieferung, dort würde die Regel genus perire non censetur, hier die Regel species perit ei, cui debetur zur Anwendung zu kommen haben, während nach der Theorie Iherings beim Spezieskauf der Käufer, beim Genuskauf bis zur erfolgten Erfüllung der Verkäufer die Gefahr tragen muss. Warum, fragen wir endlich, verlangt Thöl, dass der Verkäufer die Ausscheidung seinem Käufer anzeige? Wenn Thöl Benachrichtigung verlangt, weil er der Ansicht ist, erst mit dieser könne auf Grund derselben Konsens beider Teile in Bezug auf das Kaufobjekt und mit ihm die Thatsache der emptio perfecta, wie diese zum Uebergang der Gefahr auf den Käufer nötig ist, eintreten, so übersieht er, dass der Käufer bereits gebunden ist, die generell bestimmte Sache anzunehmen, falls sie nur den im Kaufkontrakt gestellten Anforderungen vollkommen entspricht.

Nach Iherings „Lieferungstheorie“ in seinen Beiträgen zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt II in den Jahrbüchern für Dogmatik IV pag. 366 ff. geht beim Verkauf generisch bestimmter Gegenstände die Gefahr nicht mit der Ausscheidung auf den Käufer über, sondern mit dem Moment, wo der Verkäufer seinerseits alles gethan hat, was ihm kontraktlich oblag. Der Verkäufer wird nach dieser Theorie frei mit der Lieferung, die Verwandlung des genus in die species erfolgt erst in und mit der Lieferung, die species erscheint

erst, wenn das Schulden aufhört, mit der Leistung. Die Lieferung besteht regelmässig, aber nicht notwendig in der Tradition. Aus der vor der alsbaldigen Lieferung vollzogenen Ausscheidung kann weder der Käufer ein Recht herleiten, gerade dieses Objekt zu fordern, noch dadurch sich der Verkäufer von der Gefahr befreien.

Iherings Theorie, obgleich gegenwärtig nicht die herrschende, dürfte der Theorie Thöls entschieden vorzuziehen sein. Dass sie in der Praxis und in der Gesetzgebung Anklang gefunden hat, dafür spricht u. a. auch der Umstand, dass wir diese Theorie in mehreren Artikeln unseres Handelsgesetzbuchs, so z. B. im Artikel 345 Absatz 1 finden. Wenn sich diese Theorie auch nicht auf bestimmte Quellenstellen berufen kann, so hat sie doch den grossen Vorzug vor der Theorie Thöls, dass sie einfacher und dem modernen Rechtsbewusstsein entsprechender ist.

Bekker im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts V pag. 355 nennt die von ihm eodem aufgestellte Theorie „Individualisierungstheorie“, während er der Theorie Thöls zum Unterschied von der seinigen den Namen „Ausscheidungstheorie“ gibt. Bekker führt aus, jede Genusobligation muss spätestens bei der Erfüllung Speziesschuld werden; mit der Spezialisierung, welche bald vor, bald mit der Leistung erfolgen kann, gelten die Regeln über den gewöhnlichen Spezieskauf. Wird die zur Tilgung der obligatio bestimmte Ware abgesandt, so geht, obgleich nach Bekker thatsächlich erst die Annahme das individualisierende Moment ist, gleichwohl schon mit der vollendeten Absendung die Gefahr auf den Käufer über.

Bekker hält somit im Gegensatz zu Thöl die im bekannten Sinne zweiseitige Ausscheidung nicht für genügend zum Uebergang der Gefahr auf den Käufer; im Verein mit Thöl dagegen behauptet er, dass auch schon vor der Leistung das periculum rei auf den Käufer übergehen kann, während nach Ihering die Gefahr beim Genuskauf stets erst mit der erfolgten Lieferung auf den Käufer übergeht.

Nach Regelsberger im Archiv für zivilistische Praxis

Bd. 49 pag. 183 ff. ist der Uebergang der Gefahr beim Genuskauf bedingt durch die Individualisierung des Leistungsgegenstandes. Hat der Käufer vereinbartermassen das Wahlrecht, so erfolgt die Individualisierung mittels Vornahme der Wahl durch den Käufer und Ausscheidung. In Ermangelung einer das Wahlrecht des Käufers sichernden kontraktlichen Bestimmung steht die Wahl dem Verkäufer zu. Falls der Käufer im Kaufkontrakt sich das Recht ausbedungen haben sollte, der Ausscheidung anwohnen zu dürfen, so hat die in Abwesenheit des Käufers erfolgte Ausscheidung nur dann rechtliche Bedeutung, wenn der Käufer in dem zur Ausscheidung bestimmten Termin nicht erscheint. Handelt es sich um ein Bringen oder Holen, so geschieht die rechtlich wirksame Individualisierung erst mit der Uebergabe an den Käufer resp. dessen Stellvertreter. Soll der Verkäufer die Ware dem Käufer zusenden in dem Sinne, dass als Lieferungsort der Wohnort des Verkäufers gilt, so geht die Gefahr auf den Käufer über, wenn der Verkäufer die erfolgte Ausscheidung dem Käufer anzeigt oder in der Ermangelung einer diesbezüglichen Anzeige die zur Erfüllung des Vertrags bestimmte Ware dem Spediteur zur Weiterbeförderung an den Käufer übergibt. Thut Verkäufer beides, so ist der der Zeit nach frühere Akt massgebend für den Uebergang der Gefahr.

Haben wir nunmehr die vier Theorien, welche über die Gefahr beim Genuskauf aufgestellt worden sind, im einzelnen dargelegt, so wird es sich jetzt für uns darum handeln, dass wir uns für die eine oder andere Theorie entscheiden. Schon oben haben wir kurz erwähnt, dass Iherings Lieferungstheorie diejenige der vier Theorien ist, welche dem modernen Rechtsbewusstsein am meisten zusagen dürfte. Spricht schon dieser Umstand allein für die von Ihering aufgestellte Theorie, so dürfen wir noch weniger unterschätzen, dass, wenn eine der vier Theorien, so Iherings Lieferungstheorie uns wird Aufschluss geben können über alle Zweifel, die uns in dieser schwierigen Frage von der Gefahr beim Genuskauf begegnen werden. Während vorzüglich Thöls Theorie über manche

Fragen, ich erinnere nur an die Frage: wann und wie ist auszuscheiden, uns vollkommen im Unklaren lässt, dürfen wir uns mit Ihering, um im konkreten Fall zu wissen, in welchem Moment der Uebergang der Gefahr auf den Käufer erfolgt ist, stets nur die eine Frage vorlegen: Hat der Verkäufer seinerseits alles gethan, was ihm kontraktlich oblag?

8. Der Kauf nach Mass, Zahl und Gewicht.

Unter dem Kauf nach Mass, Zahl und Gewicht oder, wie er lateinisch allerdings nicht quellenmässig genannt wird, der emptio ad mensuram, versteht man den Kauf einer individuell bestimmten Quantität gleichartiger Sachen um einen nach der Zahl, dem Mass oder Gewicht der einzelnen Stücke erst noch zu ermittelnden Preis. Während bei dem Genuskauf das Kaufobjekt in seiner Individualität bei Abschluss des Kaufkontrakts noch unbekannt ist, ist bei der emptio ad mensuram der Kaufpreis dasjenige, was erst noch nach einer Quantitätseinheit ermittelt werden muss. Vom Aversionalkauf dagegen unterscheidet sich diese Art von Kauf dadurch, dass bei dem Aversionalkauf der Kaufpreis für die Mehrheit von Sachen ein schon bei Abschluss des Kaufkontrakts vollkommen bestimmter ist.

Was die Gefahrfrage bei der emptio ad mensuram anlangt, so trägt der Verkäufer vor erfolgter Zumessung, Zuzählung oder Zuwägung das periculum interitus, der Käufer dagegen das periculum deteriorationis, vorausgesetzt, dass das Quantum auch wirklich ermittelt und der Preis bestimmt werden wird.

Diese Art der Gefahrnormierung bei dem Kauf nach Mass, Zahl und Gewicht begründet die herrschende Meinung damit, dass sie, sich stützend auf l. 35 § 5 dig. 18, 1, quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut etc., den Kauf nach Mass, Zahl und Gewicht als einen suspensiv bedingten Kauf erklärt, einen Kauf, dessen Zustandekommen dadurch bedingt ist, dass der Preis noch bestimmt werde durch

die noch zu erfolgende Zuwägung, Zumessung oder Zuzählung. — Im Widerspruche mit dieser Meinung, wie sie von Thöl, Windscheid und Mommsen vertreten wird, erblicken Ihering, Puntschart, Regelsberger, Hofmann etc. in der oben angeführten Digestenstelle keine eigentliche Bedingung. Puntschart in seinen fundamentalen Rechtsverhältnissen des römischen Privatrechts behauptet vielmehr, dass die Art der Preisbestimmung, wie sie erfolgt bei der emptio ad mensuram, gleichzuachten sei der in l. 7 § 1 dig. 18, 1 erwähnten Preisbestimmung. Wenn nämlich Windscheid glaube, der Preis beim Kauf nach Mass, Zahl und Gewicht sei nicht nur ein nicht gewusster, wie in l. 7 § 1 dig. 18, 1, sondern es sei auch noch durchaus ungewiss, ob er ein wissbarer sein werde, so könne man ihm mit Recht entgegenhalten, nicht nur die Quantität, wie er meint, könne vor erfolgter Preisbestimmung untergehen, sondern auch die in l. 7 § 1 dig. 18, 1 erwähnte arca, und mit deren Untergang, an dessen Möglichkeit Windscheid allerdings nicht zu denken scheine, könne ebensowenig der Preis ermittelt werden, als in unserem Fall.

Sehr klar spricht sich Ihering eodem, dem wir uns auch hier anschliessen werden, über diesen Punkt aus, wenn er sagt: „Gegenstand der emptio ad mensuram ist nicht ein genus, sondern eine species, denn es sind diese Schafe gekauft, wie viele es auch sein mögen. Nicht minder wie das gekaufte Objekt steht objektiv auch schon fest der nach irgend einem in der Vergangenheit liegenden Umstand bestimmte Kaufpreis. Wird trotzdem ein casus, welcher die Masse vor dem admetiri trifft, vom römischen Recht dem Verkäufer zugewiesen, so liegt der Grund darin, dass das römische Recht einen derartigen Vertrag dahin auffasst, dass soviele Stücke bezahlt werden sollen [nicht als gezählt, sondern] als geliefert sind."

Derselben Ansicht huldigt auch Hofmann, nur dass er den Grund der Haftung des Verkäufers bis zum admetiri nicht sucht im römischen Recht selbst, sondern in einer Vereinbarung der Parteien. Nach Hofmann gibt nämlich der Käufer, indem er einen räumlich abgegrenzten Vorrat gleichartiger Sachen

nach Mass, Zahl und Gewicht kauft, damit gleichzeitig seinem Verkäufer implicite kund, er werde Stück für Stück zu einem bestimmten Preis, ohne Rücksicht auf die Qualität nehmen zu wollen, dem Verkäufer bezahlen.

9. Der Kauf einer res futura.

Dieser liegt dann vor, wenn eine erst in der Zukunft zur Entstehung kommende Sache gekauft wird unter der Bedingung, dass kein Kaufkontrakt zustande kommen soll, wenn die fragliche Sache, welche den Gegenstand des Kaufes bildet, nicht zur Existenz gelangt: l. 8 pr. dig. 18, 1, nec emptio nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, tunc iam, cum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur: sed et si egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.

Der Kauf einer noch nicht existierenden Sache kann sowohl vorkommen als Kauf einer vom Verkäufer erst noch anzufertigenden Sache als auch als Kauf von solchen zukünftigen Sachen, welche durch die Naturkräfte mit oder ohne menschliches Zuthun zur Entstehung gelangen.

Was nun zunächst den Kauf einer vom Verkäufer erst noch anzufertigenden Sache betrifft, so unterscheidet sich diese Art von Kauf von der locatio conductio operis lediglich dadurch, dass bei letzterer der Arbeiter eine vom Arbeitsherrn ihm zum Zwecke der Verarbeitung gelieferte Sache verarbeitet, während bei der emptio venditio einer erst noch anzufertigenden Sache ein dem Verkäufer bereits gehöriger Stoff zur Herstellung des bestellten opus zur Verwendung gelangt, l. 2 § 1 dig. 19, 2 und l. 20 sowie l. 65 dig. 18, 1.

Entscheidend für die Beantwortung der Gefahrfrage ist, ob die bestellte Sache nur generisch oder auch spezifisch bestimmt ist. Ist die zu bearbeitende Sache lediglich generisch bestimmt, so kommen in Bezug auf die Gefahr die Grundsätze über den Genuskauf zur Anwendung. Der Verfertiger [Ver-

käufer] wird somit nach der von uns adoptierten Lieferungstheorie von **Ihering** erst dann die Gefahr nicht mehr zu tragen haben, wenn er das fertige opus an seinen Besteller abgeliefert hat oder dieser sich in mora accipiendi befindet, nicht etwa schon mit Vollendung des opus, selbst wenn er seinen Willen, gerade dies Stück liefern zu wollen, dritten Personen irgendwie in unverkennbarer Weise zum Ausdruck gegeben haben sollte.

Ist dagegen die bestellte Sache individuell bestimmt, z. B. eine Statue aus diesem Marmorblock beim Bildhauer bestellt, so müssen wir unterscheiden, ob der Block während seiner Verarbeitung oder erst später als Statue zu grunde gegangen ist. Im ersten Fall kommt nämlich überhaupt kein Kaufkontrakt zustande, da es an einem Kaufobjekt fehlt. Der Arbeiter kann nicht einmal eine Entschädigung vom Besteller fordern für die von ihm bereits geleistete Arbeit, während, falls der Marmorblock als fertige Statue auch vor erfolgter Ablieferung oder Absendung beim Bildhauer zufällig untergehen sollte, allen Schaden der Besteller nach den Grundsätzen über die Gefahr beim gewöhnlichen Spezieskauf trägt. Voraussetzung hiefür ist allerdings immer, dass das untergegangene Objekt die vertragsmässigen Eigenschaften hatte, da ausserdem von einem consensus de re, also auch von einer perfecta emptio, wie diese zum Uebergang der Gefahr auf den Käufer notwendig ist, nicht die Rede sein könnte.

An entgegengesetzten Ansichten fehlt es auch in diesem Punkt nicht. So sieht **Windscheid**, sich stützend auf l. 1 § 6 dig. 50, 12, und mit ihm neuerdings auch **Mommsen** im Kauf einer erst anzufertigenden Sache nicht eine emptio venditio rei futurae, sondern vielmehr einen Kauf, der durch die Approbation seitens des Käufers bedingt ist. **Hofmann** dagegen sucht den entscheidenden Moment bezüglich des Uebergangs der Gefahr auf den Käufer, indem er nicht unterscheidet zwischen genereller und spezifischer Bestimmtheit der erst noch anzufertigenden Sache, in der Tradition der kontraktmässigen Ware an den Käufer. Um gegebenen Falls die Gefahr

durch begründete Missbilligung von sich abwälzen zu können, müsse der Käufer in seinem eigenen Interesse sobald als möglich prüfen und rügen. Bei kasuellem Untergang der Sache vor erfolgter Prüfung durch den Käufer habe der Verkäufer die Kontraktmässigkeit zu beweisen, es müsste denn sein, dass der Käufer hätte prüfen können, wenn er gewollt hätte. In diesem Falle dürfe man annehmen, dass der Käufer auf sein Prüfungs- bezw. Missbilligungsrecht verzichtet habe und daher die Gefahr zu tragen habe.

Zukünftige Sachen, welche Naturkräften ihre Entstehung zu verdanken haben, können, wenn sie den Gegenstand eines Kaufkontrakts bilden, individuell, generell und endlich auch nach Mass, Zahl oder Gewicht bestimmt sein. Je nachdem das eine oder das andere der Fall ist, werden wir die Gefahrfrage verschieden beantworten müssen.

Handelt es sich um den Kauf einer res futura als Spezies, z. B. um den Kauf der nächsten Ernte auf einem ganz bestimmten Acker, so liegt, solange die res futura noch nicht zur Entstehung gelangt ist, ein suspensiv bedingter Spezieskauf vor; mit dem Eintritt der selbständigen Existenz der res futura wird der bis dahin suspensiv bedingte Spezieskauf zur emptio pura und der Käufer trägt von da an selbstverständlich alle Gefahr nach den Grundsätzen über den gewöhnlichen Spezieskauf. Die res futura kann aber auch nur generell bestimmt sein, indem z. B. der Käufer sich verpflichtet, zehn Säcke Kartoffeln nächster Ernte, den Sack zu einem bestimmten Preis, zu übernehmen. Kommt das genus, aus welchem geliefert werden soll, nicht zur Entstehung, so kommt auch kein Kaufkontrakt zustande, andernfalls beantwortet sich die Gefahrfrage im weiteren nach den Grundsätzen über die Gefahr beim Genuskauf. Je nachdem man die eine oder andere Theorie für die richtige hält, wird man also die Frage: Wann trägt der Käufer die Gefahr, wenn die res futura nur generisch bestimmt ist? verschieden zu beantworten haben.

Was endlich den Kauf einer res futura nach Mass, Zahl oder Gewicht anlangt, so ist auch hier zur Perfektion des

Kaufkontrakts, damit eine emptio venditio zustande kommen kann, unbedingt notwendig, dass die res futura existent wird. Ist sie aber zur Entstehung gekommen, so liegt gewöhnliche emptio ad mensuram vor und die Gefahrfrage beantwortet sich nach den beim Kauf nach Mass, Zahl und Gewicht aufgestellten Regeln.

Von der emptio rei futurae ist streng zu scheiden der sog. Hoffnungskauf, die emptio spei. Bei dieser ist als Aequivalent für den Kaufpreis die spes zu betrachten, der Kaufpreis ist daher auch nach der herrschenden Meinung unter allen Umständen zu zahlen, gleichviel ob der Käufer wider Erwarten viel oder gar nichts bekommt.

10. Der alternative Kauf.

Sind mehrere Objekte derartig in obligatione, dass durch die Leistung eines derselben, dessen Wahl regelmässig dem Schuldner zusteht, vereinbartermassen aber auch dem Gläubiger oder einem Dritten zustehen kann, die ganze obligatio erlischt, so spricht man von einer Alternativobligation.

a) Der Verkäufer [Schuldner] hat das Recht zu wählen, welches von den mehreren alternativ geschuldeten Objekten er dem Käufer gegen Zahlung des Kaufpreises leisten will, und zwar nehmen wir hier der Einfachheit halber an, dass zwei Objekte alternativ in obligatione sind.

Gehen beide alternativ geschuldete Objekte durch Zufall unter, bevor es zur Erfüllung der Obligation gekommen ist, so hat der Verkäufer, ohne irgend etwas geleistet zu haben, Anspruch auf den vollen Kaufpreis in Gemässheit der l. 34 § 6 dig. 18, 1, sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur; unus enim utique periculo emptoris vixit. Geht dagegen nur eines der mehreren Objekte kasuell unter, so verwandelt sich mit dessen Untergang die Alternativobligation in eine einfache Obligation, indem der Schuldner nunmehr das andere der beiden alternativ geschuldeten Objekte leisten muss: l. 34 § 6 dig. 18, 1 und l. 2 § 3 dig. 13, 4, ceterum ubi alter de-

cessit, extingui eius electionem. Geht auch dieses kasuell unter, bevor es der Gläubiger zum Zweck der Tilgung der Obligation bekommt, so trägt der Käufer den Schaden nach den über den gewöhnlichen Spezieskauf aufgestellten Bestimmungen, indem er, obwohl er nichts erhält, trotzdem zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises verbunden ist.

Das untergegangene Objekt kann unter Umständen für den Verkäufer viel weniger Wert gehabt haben, als dasjenige, welches erhalten blieb. Hier kommen wir unwillkürlich auf die wichtige Frage, ob der Schuldner, welchem ursprünglich das Wahlrecht zustand, sich nicht aus Billigkeitsrücksichten von der Leistung des wertvolleren Objekts dadurch befreien kann, dass er den Geldwert des kasuell untergegangenen Objekts seinem Gläubiger gibt. Dass bei Legaten der onerierte Erbe zu einem derartigen Vorgehen berechtigt war, finden wir ausdrücklich anerkannt und bestätigt in l. 47 § 3 dig. de legatis I: „qua ratione placuit, et si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum, fortassis vel mortui pretium."

Vangerow III § 569, Mommsen in seinen Beiträgen zum Obligationenrecht I pag. 310, Dernburg II § 27 u. a. m. glauben aus der Verbindung dieser soeben zitierten Digestenstelle mit l. 95 § 1 dig. 46, 3 folgern zu dürfen, der Schuldner habe auch in andern Fällen die Befugnis, sich von der Leistung des wertvolleren Objekts in dieser Weise zu befreien.

Im Gegensatz hiezu betont Hofmann wohl mit Recht, dass diese zu gunsten des onerierten Erben getroffene Bestimmung auf den alternativen Kauf keineswegs ausgedehnt werden dürfe; es widerspreche vielmehr eine derartige Ausdehnung direkt dem Wesen und der Natur des Kaufs. Wenn der Käufer alternativ Pferde kauft, so thut er dies, um auch wirklich ein Pferd zu bekommen, nicht etwa, um sich mit dem Geldwert eines verendeten Pferdes abfinden lassen zu müssen. Eben darum, dass sein Forderungsrecht nicht von dem Leben eines einzigen Pferdes abhängt, eben darum kauft ja der Käufer alternativ. Mit dieser Ansicht stimmt übrigens auch überein der Inhalt der l. 55 dig. 9, 2.

Daraus, dass der Verkäufer durch den kasuellen Untergang des einen alternativ geschuldeten Objekts nicht frei wird, sondern infolgedessen genötigt ist, das andere Objekt zu leisten, geht hervor, dass der Verkäufer auch nicht befugt sein soll, durch Hingabe der kasuell deteriorierten Sache an seinen Käufer den Schaden der zufälligen Verschlechterung von sich ab und auf den Käufer überzuwälzen, l. 33 § 1 dig. 46, 3: „sed et ab alio vulneratum si det, condemnandus erit, quum possit alium dare“ und l. 32 pr. dig. 12, 6.

Sollte das eine Objekt durch eine Verschuldung des Verkäufers, mag diese nun in dolus oder culpa bestehen, untergehen, so wurde ursprünglich zweifelsohne dadurch die Lage des Käufers eine schlechtere, indem nunmehr das andere alternativ geschuldete Objekt auf seine Gefahr stand. Denn es bestimmt l. 95 § 1 dig. 46, 3, dass der Gläubiger in einem solchen Fall keine Klage aus der obligatio gegen den Schuldner haben soll, vielmehr nur, wenn dolus debitoris die Ursache des Untergangs war, diesem die actio doli gegen seinen dolosen Schuldner zusteht. Heutzutage hat jedoch der Käufer, wenn die andere Sache kasuell untergegangen sein sollte, eine Klage auf Ersatz des Interesses an der Leistung des ersten schuldhaft vom Schuldner beschädigten oder vernichteten Gegenstandes, da die Stellung des Gläubigers durch ein Verschulden des Schuldners nicht verschlechtert werden soll. Der Schuldner muss ihm in diesem Fall den Geldwert des schuldhafterweise vernichteten oder beschädigten Objekts leisten. Vernichtet der Verkäufer beide alternativ geschuldete Objekte schuldhafterweise, so macht er sich dadurch dem Käufer verantwortlich und muss ihm das Interesse, das dieser an der Erfüllung des Kaufkontrakts hatte, leisten. Vernichtet der Schuldner nach dem kasuellen Untergang des ersten das andere alternativ geschuldete Objekt, so haftet er für diese seine Verschuldung dem Käufer genau ebenso, wie der Schuldner einer species, welcher sich in Bezug auf dieselbe vor der Tradition eine pflichtwidrige Behandlung zu schulden kommen liess.

Der Untergang des einen oder beider alternativ geschul-

deten Objekte kann aber nicht nur im Zufall oder in einer Verschuldung des Verkäufers seinen Grund haben, sondern auch durch die Person des Gläubigers bezw. Käufers veranlasst worden sein. Ist das erste Objekt kasuell untergegangen, so schadet eine durch den Käufer vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführte Vernichtung oder Verschlechterung des zweiten alternativ geschuldeten Objekts naturgemäss lediglich seiner Person selbst; gehen dagegen beide Objekte, welche in obligatione waren, durch ein Verschulden des Käufers unter, so ist dadurch der Schuldner nicht nur nimmer frei, sondern kann auch noch, falls nicht vereinbartermassen der Käufer oder ein Dritter das Wahlrecht hatte, nach seiner freien Wahl vom Käufer für eines der durch diesen vernichteten Objekte entsprechende Entschädigung verlangen.

Ist endlich die Leistung des ersten Objekts durch ein Verschulden des Käufers unmöglich geworden, die des zweiten aber möglich, so kann sich der Schuldner, vorausgesetzt, dass ihm die Wahl zusteht, entweder von der Verbindlichkeit zu leisten dadurch befreien, dass er erklärt, er habe die Absicht gehabt, gerade das vom Käufer beschädigte Objekt zu leisten, oder er kann auch das andere Objekt leisten und gleichzeitig Ersatz des Interesses an der vom Käufer beschädigten oder vernichteten Sache verlangen.

b) Falls die Wahl verabredungsgemäss dem Gläubiger bezw. Käufer zustehen sollte, so müssen wir in folgenden Punkten von dem bisher Gesagten abweichen:

Indem der Käufer dem Verkäufer gegenüber von seinem Wahlrecht Gebrauch macht, übernimmt er auch die Gefahr für die von ihm ausgewählte Sache.

Ist das eine alternativ geschuldete Objekt vom Verkäufer vernichtet oder auch nur beschädigt, so kann der Käufer wählen, ob er die erhalten gebliebene Sache oder den Geldwert der untergegangenen verlangen will. Ist dagegen das eine Objekt vom Käufer zerstört oder deterioriert, so muss er sich mit nichts bezw. mit dem beschädigten Objekt begnügen, falls er aber das andere Objekt nimmt, den Verkäufer entsprechend

entschädigen. Vernichtet der Käufer beide Objekte, so wird auch hier der Verkäufer frei, nur hängt es von der Wahl des Käufers ab, für welches der beschädigten Objekte er dem Verkäufer Ersatz leisten will. Trägt endlich am Untergang des einen Objekts der Schuldner, am Untergang des andern Objekts der Gläubiger die Schuld, so kann, nachdem dem Gläubiger das Wahlrecht zusteht, dieser sich frei entscheiden, ob er nichts nehmen und nichts leisten oder aber Ersatz verlangen und Ersatz leisten will.

c) Endlich kann auch die Wahl einem Dritten überlassen sein:

In diesem Fall liegt, solange dieser Dritte nicht gewählt hat, ein suspensiv bedingter Kauf vor. Bis zur getroffenen Auswahl trägt der Verkäufer das periculum interitus und in gewissem Sinne auch das periculum deteriorationis. Ist der Käufer oder Verkäufer an dem Untergang schuld, so macht sich der schuldige Teil dem andern schadenersatzpflichtig.

Mit der Vornahme der Wahl durch den Dritten geht die Gefahr des gewählten Objekts auf den Käufer über, da infolge der vorgenommenen Wahl der bis dahin suspensiv bedingte Kaufkontrakt zur emptio pura und somit zur emptio perfecta speciei wird.

11. Kann der Verkäufer, welcher mehreren nacheinander dieselbe Sache verkauft hat, im Falle ihres kasuellen Untergangs von jedem der verschiedenen Käufer den vereinbarten Kaufpreis fordern?

Der Fall des mehrfachen Verkaufs derselben Sache an verschiedene Käufer durch denselben Verkäufer dürfte insoferne ganz besonderes Interesse erheischen, als diejenigen Theoretiker, welche die Gefahrnormierung beim Kauf, wie sie sich in den Quellen findet, als eine nicht zu rechtfertigende Ausnahme ansehen, bei näherer Begründung dieser ihrer Ansicht mit Vorliebe den Fall des mehrfachen Verkaufs heranziehen.

Solange das mehrfach verkaufte Objekt existiert, wird nicht nur die Klage des Verkäufers gegen die von ihm nicht befriedigten Käufer auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises zweifelsohne stets von den beklagten Käufern mittels der exceptio non adimpleti contractus entkräftet werden, da ja dem Verkäufer die Möglichkeit, gleichzeitig mit der Klage Erfüllung anbieten zu können, fehlt, sondern es wird auch der Verkäufer, nachdem er immer nur einen der mehreren Käufer befriedigen kann, überdies von den andern Käufern auf das Interesse, welches diese an der Erfüllung des Kaufkontrakts haben, belangt werden.

Mit dem kasuellen Untergang des Kaufobjekts jedoch fällt sowohl die actio empti auf das Interesse an der Erfüllung des Kaufkontrakts, als auch ganz besonders die exceptio non adimpleti contractus mit einem Schlag für alle Käufer fort, denn von nun an kann ja der Verkäufer jedem seiner Käufer, welcher gegen seine Klage auf Zahlung des vereinbarten Kaufschillings diese exceptio vorbringen will, replizieren: „Ich hätte dir ja geleistet, wäre das Kaufobjekt nicht, bevor es zur Tradition gekommen ist, kasuell zu grunde gegangen. Der kasuelle Untergang des Kaufobjekts befreit mich, nicht aber auch dich von der im Kaufkontrakt eingegangenen wechselseitigen Verbindlichkeit."

Somit käme infolge des kasuellen Untergangs des Kaufobjekts, nachdem für den gewöhnlichen Spezieskauf zum Uebergang der Gefahr auf den Käufer nichts weiter in den Quellen erfordert wird, als Perfektion des Kaufvertrags in dem Sinne, dass die Kontrahenten einig sein müssen über Ware und Preis, diese Perfektion aber hier mehrfach erzielt wurde, der Verkäufer ungerechtfertigterweise in die angenehme Lage, den Kaufpreis mehrmals fordern zu dürfen.

An Schriftstellern, die dieser Ansicht, dass der Verkäufer hier zur mehrfachen Einziehung des Kaufpreises befugt sein solle, hat es in früherer Zeit nicht gefehlt, insbesondere glaubte auch Ihering früher, dem Verkäufer dies Recht nicht absprechen zu können. Erst ein Rechtsfall, welcher zur Be-

gutachtung an die Juristenfakultät in Giessen kam und Ihering seinerzeit zum Referat zufiel, gab ihm begründete Veranlassung, seine Meinung in diesem Punkt zu ungunsten des Verkäufers zu ändern. Nachdem nämlich Ihering bei eingehender Prüfung dieses Rechtsfalls mehr und mehr sich darüber klar werden musste, dass das Resultat dieser an und für sich streng logischen Konsequenzen sich in keiner Weise mit unserem Rechtsgefühl vereinbaren lasse, sucht er nunmehr denselben dadurch auszuweichen, dass er der Forderung des Verkäufers auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises nach dem kasuellen Untergang des Kaufobjekts den Charakter einer Ersatzforderung gibt und gleichzeitig den Grundsatz, dass jeder Schaden nur einmal ersetzt werden könne, auch hier zur Anwendung kommen lässt. Was aber die weitere Frage, welcher von den mehreren Käufern nach dem kasuellen Untergang des Kaufobjekts den Kaufpreis zu zahlen habe, angeht, so lässt hier Ihering dem Verkäufer freie Wahl, obgleich er einräumt, dass dieses Wahlrecht etwas Missliches habe.

Mit der Behauptung, dass der Verkäufer nur einmal den Kaufpreis fordern könne, steht Ihering nicht allein da, wenn er sich auch in der Art und Weise, wie er seine Behauptung zu begründen sucht, von andern Theoretikern unterscheidet und insbesondere mit Rücksicht auf das Wahlrecht, das er dem Verkäufer einräumt, nicht ohne Grund vielfach angefochten wird.

So meint beispielsweise Windscheid, dass der Verkäufer mehrmals den Kaufpreis zu fordern befugt sein solle, widerspreche der den Kaufvertrag beherrschenden bona fides, welche es verbietet, dass jemand für ein und dieselbe Sache zweimal ein Aequivalent erhält. Die Gefahr aber trägt nach Windscheid der zweite Käufer, nicht der erste, es müsste denn dem ersten tradiert worden sein. Ist der Verkäufer dem zweiten Käufer gegenüber in Arglist, so trägt auch dieser die Gefahr nicht.

Hofmann dagegen gründet die Behauptung, dass immer nur ein Käufer zahlen müsse, einmal auf die Unmöglichkeit

des mehrfachen periculum, sodann aber auch auf die sofortige selbständige Wirkung der dolosen Veräusserung. Was aber die Frage, welcher Käufer die Gefahr zu tragen habe, anlangt, so müsse, meint Hofmann, der Theoretiker die Gefahr nur den ersten Käufer tragen lassen, weil seiner Meinung nach die blosse Abschliessung des zweiten Kaufkontrakts zur Abwälzung des periculum nicht genüge, vielmehr hiezu die Tradition der Kaufsache erforderlich sei.

Können wir mit Hofmann und Windscheid das Wahlrecht des Verkäufers, wie dieses ihm von Ihering eingeräumt wird, nicht billigen, so können wir andrerseits Hofmann auch nicht beistimmen, wenn er behauptet, dass vor erfolgter Tradition des Kaufobjekts stets der erste Käufer die Gefahr tragen müsse. Denken wir beispielsweise nur an den Fall, dass das Kaufobjekt, welches Verkäufer eingepackt und mit der Adresse des zweiten Käufers versehen zu Hause bei sich liegen hat, vor der Absendung kasuell untergeht. Hier kann sicherlich nicht von einer Tradition des Kaufobjekts, wie sie Hofmann zur Abwälzung der Gefahr vom ersten Käufer verlangt, gesprochen werden, gleichwohl wäre es in hohem Grade ungerecht, wollte man in diesem Fall die Folgen des kasuellen Untergangs des Kaufobjekts den ersten Käufer tragen lassen einzig und allein deshalb, weil es nicht zur Tradition gekommen ist, trotzdem der Verkäufer bis zum Untergang des Kaufobjekts dasselbe nicht für den ersten, sondern für den zweiten Käufer kustodiert hatte.

In der Art und Weise, wie Hofmann seine Ansicht begründet, hat er ausdrücklich betont, dass von einem geteilten oder einem mehrfachen periculum in dem Sinne, dass mehrere Personen gleichzeitig den Schaden in solidum trügen, nicht die Rede sein kann. Hält man aber dies mit dem bekannten Satze: „cuius est commodum, eius est periculum“ zusammen, so kommt man meiner Ansicht nach nicht unschwer dazu, denjenigen der mehreren Käufer die Gefahr tragen zu lassen, welchem der Verkäufer das Kaufobjekt nachweislich aufbewahrte. Wie dieser vom Verkäufer dazu auserlesen war,

das commodum rei einzuziehen, so soll er nun auch den Schaden tragen müssen, welcher dem Kaufobjekt infolge eines Zufalls zustiess. Der Umstand, dass dieser Beweis in vielen Fällen dem Verkäufer schwer fallen oder überhaupt nicht gelingen dürfte, fällt, abgesehen davon, dass der Fall, dass jemand ein und dieselbe Sache kulposerweise mehrfach an verschiedene Käufer verkauft, selten genug sein dürfte, höchstens bei dem kulposen Verkäufer, nicht aber auch bei dem dolosen Verkäufer ins Gewicht, denn kann letzterer den Beweis nicht führen, so geschieht ihm weiter kein Unrecht, wenn er nunmehr die Folgen des kasuellen Untergangs selber tragen muss, vielmehr trägt er eben nur die Folgen seiner dolosen Handlungsweise.

Gilt aber das bisher Gesagte selbstverständlich nur für den Fall, dass ein und dieselbe Sache mehrfach verkauft ist, ohne vor ihrem kasuellen Untergang an einen der verschiedenen Käufer tradiert worden zu sein, so gestaltet sich, nachdem die Tradition unstreitig als ein Moment, mit dem die Gefahr notwendig übergehen muss, angesehen werden darf, die Gefahrfrage im übrigen wesentlich einfacher. Wurde nämlich die Sache vor Abschluss des zweiten Kaufvertrags an den ersten Käufer tradiert, so handelt es sich nicht um einen mehrfachen Verkauf derselben Sache, sondern vielmehr um den Verkauf einer fremden Sache, und kommen demgemäss auch die über denselben oben erwähnten Bestimmungen zur Anwendung. Ist dagegen das Kaufobjekt nach Abschluss des zweiten Kaufvertrags dem ersten bezw. zweiten Käufer tradiert worden, so trifft notwendig der Schaden ihres kasuellen Untergangs den ersten bezw. zweiten Käufer, und kann davon, dass der zweite bezw. erste Käufer den Kaufpreis dem Verkäufer zahlen müsste, nicht die Rede sein.

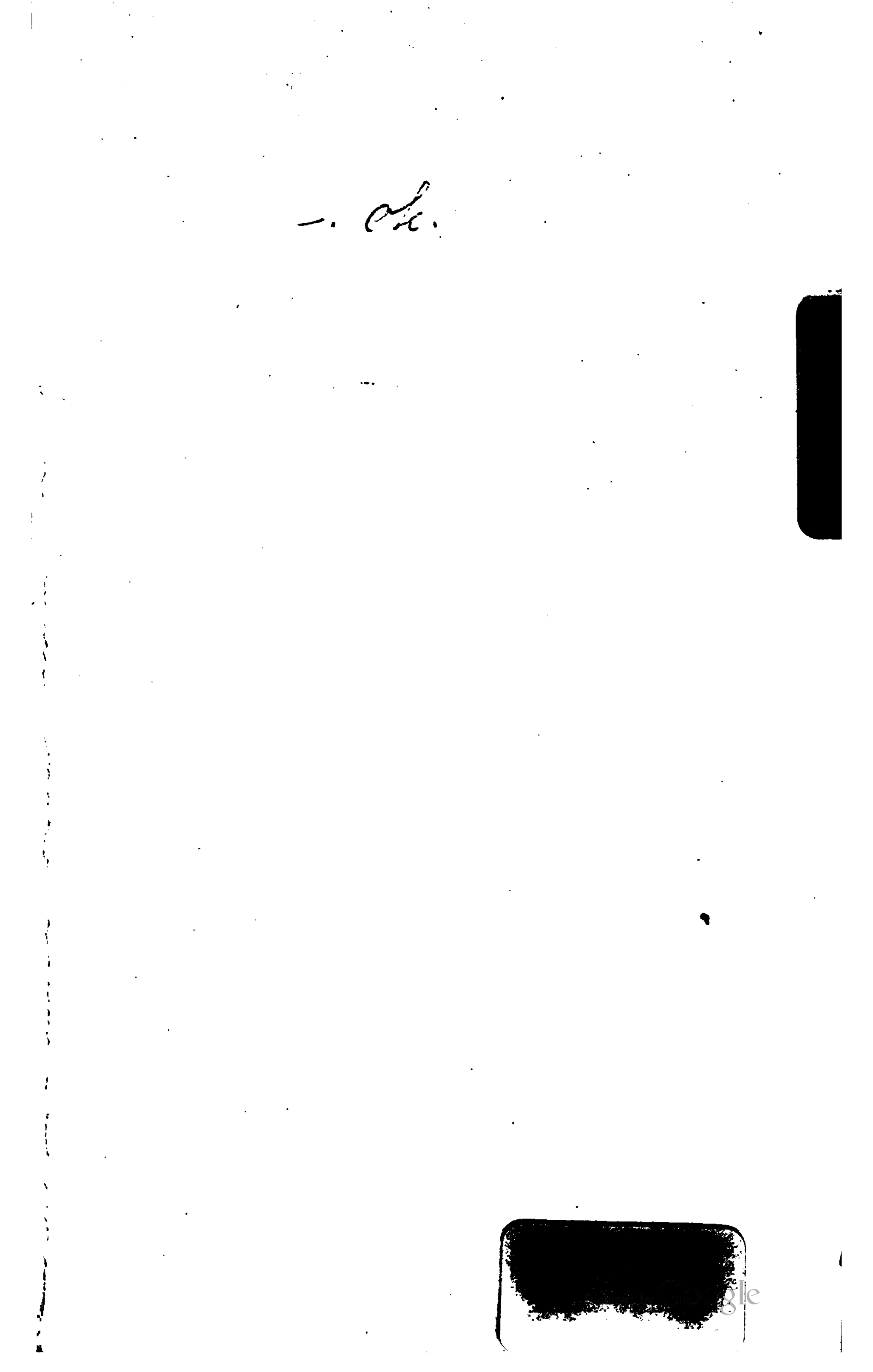
12. Der mehrfache Verkauf derselben Sache durch verschiedene Verkäufer an verschiedene Käufer.

a) A und B verkaufen ein und dieselbe Sache an C bezw. D, jeder von beiden verkauft bona fide, auch B, dem das

Kaufobjekt objektiv fremd ist. Wer trägt hier den Schaden, falls die Sache vor der Tradition an einen der Käufer in der custodia des B oder vor erfolgter Eviktion bei D zufällig untergehen sollte? Zufolge den in l. 3 cod. VIII, 45 und in l. 21 pr. dig. 21, 2 enthaltenen Bestimmungen trägt D, solange ihm das Kaufobjekt nicht evinciert wird, das periculum interitus, indem er, falls die Sache bei ihm oder seinem Verkäufer zufällig vor der Eviktion untergeht, weder das an B bezahlte Kaufgeld mit einer condictio zurückfordern, noch den noch nicht bezahlten Kaufpreis seinem Verkäufer B vorenthalten kann. C dagegen muss nur insoweit die Gefahr tragen, als er, wenn er die Sache teurer als D kaufte, gehalten ist, die Differenz seinem Verkäufer zu zahlen. A kann in Gemässheit der l. 1 cod. 4, 51 und der l. 23 dig. 12, 1 den dem B von D ausbezahlten Kaufpreis diesem mit der condictio sine causa abfordern, da B, nachdem er bona fide eine fremde Sache verkauft hat, aus diesem Verkauf keinen Nachteil, aber auch keinen Vorteil ziehen soll.

b) War dem B, als er die Sache verkaufte, dieselbe nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv fremd, so soll ihn zufolge der l. 21 dig. 21, 2 der kasuelle Untergang dieser Sache nicht von seiner Haftung wegen dolus befreien und muss in diesem Fall, da D nicht die Gefahr trägt, nicht dieser, sondern C den Kaufpreis seinem Verkäufer zahlen.

c) Wenn aber endlich dieselbe Sache von verschiedenen Nichteigentümern an verschiedene Käufer bona fide verkauft wurde, so kann man, falls das Kaufobjekt untergeht, bevor es an einen der Käufer tradiert worden ist, nach dem römischen Recht keinem der Verkäufer das Recht, den vereinbarten Kaufpreis von seinem Käufer einzuziehen, absprechen und würden in diesem Fall allerdings mehrere Personen gleichzeitig die Gefahr tragen.



Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft in Stuttgart